

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

基本法上の日曜日及び祝日保護と主観的権利性

著者	武市 周作
著者別名	Shusaku TAKECHI
雑誌名	東洋法学
巻	63
号	2
ページ	183-205
発行年	2020-01
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00011338/



《 論 説 》

基本法上の日曜日及び祝日保護と主観的権利性

武市 周作

はじめに

- 1 判例における日曜日及び祝日保護の主観的権利性
 - 1-1 アドヴェント日曜日判決における憲法異議の許容性の論理
 - 1-2 アドヴェント日曜日判決における他の基本権との関連的保障
 - 1-3 グライフスヴァルト上級行政裁判所決定
(OVG Greifswald, Beschluß vom 22. 12. 1999 – 2 M 99/99)
- 2 学説の反応
 - 2-1 制度的保障としてのヴァイマル憲法139条
 - 2-2 主観的権利としてのヴァイマル憲法139条
 - 2-3 ヴァイマル憲法139条の主観的権利性に対する批判
 - 2-4 評価

おわりに

はじめに

筆者はこれまでドイツにおける基本法上の日曜日及び祝日の保護について、制度の概要と連邦憲法裁判所判例について整理し、考察してきた⁽¹⁾。ドイツに

(1) 拙稿「連邦憲法裁判所判例における憲法上の日曜日及び祝日の保護：日曜日及び祝日の保護または閉店規律に関する連邦憲法裁判所判例の考察」東洋法学62巻3号（2019）25頁以下、同「ドイツにおける憲法上の日曜日および祝日の保護に関する予備的考察：ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条の法的性格と、日曜日・祝日保護の法制度」東洋法学62巻2号（2018）59頁以下。

においては本テーマについて数多くの考察がなされてきた⁽²⁾が、時代に応じて制度や社会は変容し、それに伴ってこの分野の公法上の問題は尽きない。とりわけ2006年の第一次連邦制改革以降、連邦の競合的立法権限を規定する基本法74条1項11号から閉店に関する法が除かれてからは、それに応じて新しく制定された州の開店法に議論の中心がシフトしているが、それ以前からの問題状況は変わらず、あるいは各州の事情に応じた制度導入が新たな争点を引き起こしているともいえる。日曜日及び祝日の保護に関する法律上の規律は、閉店に関する規定ばかりではなく、他の諸規定との調整が必要な場面も残されている。

本稿は、とりわけ憲法上の日曜日及び祝日保護に関する主観的権利について考察することを目的とする。基本法140条によって現行基本法に組み込まれたヴァイマル憲法139条は、ヴァイマル憲法制定以降、客観法とりわけ制度（的）保障として考えられてきた。これに対して、連邦憲法裁判所は、ベルリン州開店法に関するアドヴェント日曜日事件（BVerfGE 125, 39）において、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条（以下、基本的に「ヴァイマル憲法139条」と書く場合も、「ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条」を指している）に基づいた憲法異議手続の許容性を認め、さらにアドヴェントにおけるすべての日曜日について開店を認める例外規定を基本法に違反すると判断した。本件は一方で、州の開店法のすべてが—連邦閉店法を引き継いで—原則として日曜日閉店を維持しつつ、様々な例外を用意してきたことについて限界を認めた判例として重要であるが、他方でやはりヴァイマル憲法139条の主観的権利性を認めたかのような判断には注目しなければならない。

筆者は、日曜日及び祝日保護のテーマの他にも、これまで基本法上の個人の主観的保護請求権について考察してきた⁽³⁾。本稿の目的はこれまでの研究と結

(2) ここではとりわけ、Johannes Dietlein, „Verkaufsoffene Sonntage“ in der Diskussion, WiVerw 2018/2, S.153ff.; Wolfgang Mosbacher, Sonntagsschutz und Ladenschluss, 2007; Katharina Westphal, Die Garantie der Sonn und Feiertage als Grundlage subjektiver Rechte, 2003; Peter Häberle, Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2.Aufl., 2006; ders., Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 1987.

びついていることをここに記しておきたい。客観法と主観的権利という古くからある議論の具体的な場面として位置付け、主たる研究に繋げていくことも狙いとしている。

以下では、日曜日及び祝日保護の主観的権利性に関する判例を整理した上で、学説を踏まえて、同条の主観的権利性について考察を進めていく。

1 判例における日曜日及び祝日保護の主観的権利性

1-1 アドヴェント日曜日判決における憲法異議の許容性の論理

まずアドヴェント日曜日事件について整理しなければならないが、本件については既に筆者自身が紹介してきた⁽⁴⁾ため、事件の概要と主たる判決内容はそちらに委ねるとして、しかしそこでは十分に言及できなかった主観的権利に関する論理について、些か長い整理することにした（以下のRn.は同判決の欄外番号を指す）。

本件異議申立人は、ベルリン＝ブランデンブルク＝シュレジッシュ・オーバーラウジッツ福音主義協会（Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz）とカトリックのベルリン大司教区（Erzbistum Berlin）であり、「ヴァイマル憲法137条5項と結びついた基本法140条における公法上認められた宗教共同体」（Rn.1）である。許容性については、異議申立権限、救済の途を尽くしていることが要請されるが、そのどちらも満たされると連邦憲法裁判所は判断した（Rn.118ff）。

本件では、「憲法異議が、憲法異議可能な権利がいずれにしても最初から排除されているわけではなく、これまで連邦憲法裁判所によっていまだ決定

（3） 拙稿「基本権上の保護請求権の一考察」中央学院大学法学論叢21巻1号（2007）126頁以下など。

（4） 拙稿「ドイツ憲法判例研究（173）日曜・祝日の保護：ベルリン・アドヴェント日曜日判決〔ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷2009.12.1判決〕」自治研究91巻9号（2015）151頁以下、同・前掲注（1）52頁以下。また Wolfgang Mosbacher, Das neue Sonntagsgrundrecht, NVwZ 2010, S.537ff. も参照。

されていない未解決の憲法上の問題点が提起されている場合には、基本権侵害の可能性は認められる」としている。「本件では、基本権保護の具体化と強化の意味で、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条の客観法上の保護が、基本法4条1項及び2項の基本権に対して与える作用の問題が当てはまる。」(以上、Rn.120)

つまり、本件のように宗教共同体が、宗教の自由について、憲法上の日曜日及び祝日の保護に基づいて、どのような主張ができるかが問題となっており、これまでもっぱら職業活動の自由に対する制限として扱われてきた先例と本件とは異なる(これについて、連邦憲法裁判所は、ガレリア・カウフホフ事件を参照している⁽⁵⁾)。また、これまでも基本法140条自体は基本権としての性質を有しているとは捉えられていないことは示されてきたが、基本法4条1項及び2項や他の基本権と協働して、ヴァイマル憲法139条が日曜日及び祝日保護を実現しうるかどうか、またそれはどの程度かについては明らかにされてこなかった。さらに、基本法4条1項及び2項のような基本権の保護内容が、基本法140条と結びついたヴァイマル憲法139条の日曜日保護によって具体化または強化され、「労働の休み」の保障と「精神的高揚」の可能性が、基本権の保護の内容に含まれていることの可否と程度について、さらに、日曜日保護の意義に基づいた基本権保障の限界についても先例は述べていないことを連邦憲法裁判所は認めている(以上、Rn.121)。

ヴァイマル教会条項の保障が、機能的に宗教の自由の実現に当てられ、それに基づく、「日曜日及び祝日に開店することができる場合を法律に基づいて拡張する」ことで、「ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条の保障によって具体化された基本法4条1項及び2項の基本権に対する侵害がありうる」とした(以上、Rn.122-123)。

Rn.124以降では、他の申立要件としての「自分自身の、現在かつ直接の基本権侵害」についても判断し、ベルリン州法の規定における直接の名宛人で

(5) ガレリア・カウフホフ事件(BVerfGE 111, 10)については拙稿・前掲注(1)44頁以下。

ないが自身が侵害されていること、開店の可能性が礼拝や宗教行事の開催に影響を及ぼしうるし、日曜日の開店時間が長くなれば異議申立人にとって宗教的意義を有する日曜日や祝日が広く平日的な性格を有することになり、法的に重要な不利益が生じる可能性があること、ベルリン開店法がいわゆる自力執行的法規範（*selbstvollziehende Gesetzesnormen*）であるから、現在の侵害が生じうることを認めている。

連邦憲法裁判所がこのようにして本件異議申立人の憲法異議の許容性があると判断したことについて、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性を認めたと評価できる。ヴァイマル憲法139条は、制定時のヴァイマル期から基本法140条によって組み込まれた現在も、学説でも判例でも客観法たる制度的保障として理解されてきた⁽⁶⁾。したがって、制度の内容については立法者による形成が必要となるが、この内容形成に対して、基本権一本件では基本法4条1項及び2項における宗教の自由一が影響を与える可能性がある。このことはヴァイマル憲法139条から直接的に基本権が導かれることを意味するわけではない。ヴァイマル憲法139条が基本権の性質を有しないことは従来⁽⁷⁾の判例でも言及されてきたところであり、本判決もそれは否定しておらず⁽⁷⁾、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性を直接的に認めているようには読めない。従来と異なるのは、同条の日曜日及び祝日保護と結びついた個別の基本権の憲法異議申立てを可能にした点である。このように、「基本法4条1項及び2項は、日曜日保護を求める主観的権利をそれだけで基礎付けることはないが、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条との結び付きによってようやく基礎付け」、「反対に、ヴァイマル憲法139条のみに基づくこともできず、基本法4条1項との協働によってようやく基本権の性質を帯びることになる⁽⁸⁾」というのが、本件判決の整理である。

(6) Westphal (Fn.2), S.63ff; Mosbacher (Fn.2), S.86ff. また、拙稿・前掲注(1)。

(7) ただし、本判決は、制度的保障（*institutionelle Garantie*）という語自体は用いていない。

(8) Mosbacher (Fn.2), S.538.

第一法廷は最終的に許容性を認めてはいるものの、その判断について意見は大きく割れ、5対3というギリギリのラインで許容性が認められた⁽⁹⁾。少数意見が公表されているわけではないためその論理は分からないが、多数意見の許容性を認める論理に対して批判があることが垣間見える。

1-2 アドヴェント日曜日判決における他の基本権との関連的保障

本稿の関心の中心は、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性にあるが、第一法廷の理由判断において、同条と他の基本権規定との関連について言及する部分も整理しておきたい。後にもみるように、本件では、異議申立人の属性や異議申立の内容も手伝って、基本法4条1項及び2項と協働して主観的権利性が認められているといえるが、他の基本権でもこのような協働関係は認められるかが問題となり得るからである。

基本法4条1項及び2項の基本権は、立法者の保護義務の意味において、世俗的及び社会的意味と並んで、宗教的及びキリスト教的伝統に由来する（基本法140条と結びついた）ヴァイマル憲法139条の日曜日及び祝日保護に関する客観法的な保護委託によって具体化される。したがって、日曜日及び祝日保護の最低限度は立法者によって保障されなければならない。（Rn.131）

基本法4条1項及び2項のみから、宗教的キリスト教的な祝日及び日曜日を詳細に規定する国家の義務付けは導出されない。基本法4条1項及び2項の基本権は、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条による日曜日及び祝日保護を通じて、一つの具体化を得られる。日曜日及び祝日の保護は、その点で、憲法の中にある価値として、基本法4条1項及び2項の保障内容の解釈と決定に作用し、それゆえ立法者の基本権保護義務の具体化において尊重されなければならない。ヴァイマル憲法139条は、最小限度の保障の意味で、基本法4条1項及び2項並びに基本法2条の基本権保護に内容を与え

（9） 4対4となれば連邦憲法裁判所法15条4項において許容性は認められないことになる。

る立法者の保護委託を含んでいる。(Rn.136)

また、基本法4条1項及び2項の基本権を詳細に規定するにあたっては、ヴァイマル憲法139条の日曜日及び祝日の保護と関連させられなければならない。基本法140条によって基本法に組み込まれたヴァイマル憲法規定は、基本法の他の諸規定と同等の規範としての性質を有している。日曜日及び祝日保護は、たしかに基本権又は基本権同等の権利ではないが、ヴァイマル憲法139条を含むいわゆるヴァイマル教会条項は、機能的に宗教の自由の要求と実現に向けられている。教会や宗教共同体にとって、ヴァイマル教会条項は、信教の自由の発展の一手段でもある。(Rn.138)

ヴァイマル憲法139条は、その目的において、世俗的社会的意味と宗教的キリスト教的意味を有している。規定の成立過程を踏まえても (Rn.140)、宗教的世界観的中立性を目指した目的と並んでキリスト教的伝統に基づいた宗教的内容から、労働と休みのリズムは、キリスト教的文化の中心となるリズムであり、さらに社会国家原理の下で、信教の自由の実現にとどまらず、身体の不可侵（基本法2条2項）、婚姻と家族の保護（基本法6条1項）、結社の自由（基本法9条1項）が実効的に保障され、さらには人間の尊厳（基本法1条1項）とも特別の関連性が認められる。(Rn.144)

規律目的に沿って決定された基本権保護の意味と並んで、ヴァイマル憲法139条の関連的保障（Konnexgarantie）としての性格は、憲法上の制度保障（Institutsgarantie）がいずれにしてもそのそれぞれの特別な基本権強化の内容を目指していることによって強調される。憲法は全体として目的論的な意味体系として現れ、またヴァイマル憲法139条における日曜日及び祝日の保護は加えて憲法上の価値として把握することができるから、立法者に対するこの保護委託は、基本権と結びついた保護義務の具体化において考慮されなければならない。(Rn.147)

連邦憲法裁判所は、このような前提から、アドヴェントにおけるすべての日曜日の開店を認めたベルリン開店法は、ヴァイマル憲法139条が求める保護の

必要最小限度性を満たしていないために、基本法に違反すると結論付けた。第一法廷は、基本法4条1項及び2項の基本権保障について、その内容を義務付けるにあたって、日曜日及び祝日保護の最低限度の基準を維持していなければならないという論理をとっている。基本法4条1項及び2項のみから日曜日及び祝日保護の保護義務は導かれませんが、ヴァイマル憲法139条における日曜日及び祝日保護を通じて、その点に関して具体化されることになる。たしかに日曜日及び祝日に宗教行事を行うことはまさに基本法4条1項及び2項の保障内容であるが、それを実効的にするにあたって、日曜日及び祝日保護は機能すると考えられる。憲法異議申立人である教会や宗教共同体にとって、このヴァイマル憲法139条を含むヴァイマル教会条項は、信教の自由を確実なものにする一つの手段であることは間違いない。

基本法4条1項及び2項とヴァイマル憲法139条の関連に加えて、さらに他の基本権一身体の不可侵、婚姻と家族の保護、結社の自由—を挙げてそれらとの関連的保障について言及する。また、人間の尊厳との特別な関連も認めている。これによって、憲法上の制度保障たる日曜日及び祝日保護が、それらの基本権の強化に向けられていることも指摘する。そして、これらの基本権から導かれる国家の保護義務を具体化するにあたって、立法者に対する保護委託が考慮されなければならないと述べている。しかしこの論理は明快なものではない。他の基本権との関連的保障は、保護義務の要求を高める効果を持ちうるのか、また、本件では異議申立人の受ける不利益又は基本権侵害が基本権4条1項及び2項であったが、他の基本権においても同じように主張する可能性が認められるのかまでは明らかではない。後にみるように、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性を認めるにあたって、本判決の関連的保障と同様に、各基本権との関連に基づく見解がみられるが、それとの違いは明らかではない。

1-3 グライフスヴァルト上級行政裁判所決定

(OVG Greifswald, Beschluß vom 22. 12. 1999 – 2 M 99/99)

アドヴェント日曜日事件以前に行政裁判所の決定において同条の主観的権利

性を認めた例がある。

この事件は、異議申立人である教会が、いわゆる温泉地規制（Bäderregelung）（温泉地など特定の地域で一定の時間に、日常必需品、土産、地域特産品、礼拝用具、宝飾・工芸品などの販売のために日曜日及び祝日の開店を認める例外規律）に基づく一般的処分に対する訴えの延期効の確定を申し立てた事件である。

グライフスヴァルト上級行政裁判所は、次のように述べる。

主観的権利の成立要件は、問題となっている法規範が、個人の利益に資するべく規定されていることが求められるが、本件当時の閉店法の規定は、教会の利益保護に資するように規定されていないため、ここから教会にとって主観的権利を導くことはできない。

ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条は客観法的な制度的保障と理解されてきたが、基本法28条2項における市町村の自治権の保障、基本法33条5項における職業官吏制度の保障のように、主観的権利がそこから導かれないわけではない。ヴァイマル憲法139条の制度的保障については、これらの規定のように議論されてきたわけではない。州と両教会の間の協約によって両教会に対して具体的な公法上の請求権が与えられている限りで、それぞれの当該権利主体は訴権を行使することができる。

結局、協約が主観的権利を認めるかは、協約の解釈問題に行き着き、当事者たる州と教会の意思が確認されなければならない。それによれば、両協約には、日曜日及び教会の祝日を国家が保護することを保障する規定が置かれており、その限りで、日曜日及び祝日の宗教的な側面を保護することが重要である。その点で、日曜日及び祝日の宗教的側面の保護が問題となるのである。州が、教会に対して明確に日曜日及び境界上の祝日保護の保障を受け継いでいる限りで、教会に対して主観的権利が与えられるべきであることを基本とする。というのは、ヴァイマル憲法139条から主観的権利が場合によっては導かれないことの根拠はここでは考慮されないからである。そのような

権利が排除されるとすれば、特別な理由付けが必要となる。協約から教会の主観的権利が導かれることは、協約の特別な成立過程からも認められる。

行政裁判所42条2項に基づいて、各教会共同体も、自らの権利侵害について自身で主張することは可能であり、権利侵害が行政行為によってありえないわけではない場合には、訴権にとって十分である。本件で問題となる温泉地規律の適用範囲において、教会の権利侵害が排除されているというわけではなく、安息日としての日曜日が完全に廃止されるような場合には権利侵害を主張しうると考えられる。

ヴァイマル憲法139条はたしかに制度的保障であるが、これによって、日曜日及び祝日に労働させられないこと、宗教や文化のための時間が作られることが保障されなければならない。これらの日に自ら精神を高揚し、経済的な強制の客体にならないようにするべきである。単に宗教活動を可能にするだけでなく、例早その他の精神的高揚に適っていなければならないのである。日曜日及び祝日保護の核心領域が、温泉地規律によって侵害されているかどうかは、本案手続の対象となる。

このように、グライフスヴァルト上級行政裁判所は、教会あるいは教会共同体が、日曜日及び祝日保護の例外規定が、ヴァイマル憲法139条の核心領域を侵害しているかどうかを主張することを認めた。

これらの判決・決定を契機に、学説には、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性の問題として反応するものがみられるのでそれについて章を改めて整理する。

2 学説の反応

2-1 制度的保障としてのヴァイマル憲法139条

学説における支配的見解は、ヴァイマル憲法139条を客観的な制度的保障(institutionelle Garantie)として理解してきた⁽¹⁰⁾。これはアドヴェント日曜日事件判決も同じ立場である。制度的保障における核心部分の保障は、日曜日及び

祝日に関する伝統的な保障であるが、現在の法律上の日曜日及び祝日保護をすべてそのまま維持しなければならないわけではない。判例は、日曜日及び祝日における労働の休みと労働の関係を、いわゆる「原則例外関係」でなければならないことを求め、「労働の休みと精神的高揚の日」としての日曜日及び祝日を損なうような規律を認めたり、平日に行うような活動を日曜日及び祝日に行うことを認める制度を設けたりすることは核心部分を侵害すると判断する。連邦憲法裁判所は、とりわけガレリア・カウフホフ事件以降⁽¹¹⁾、この原則を採用し、もっぱら日曜日及び祝日の閉店規制緩和について、この原則に違反しないかどうかを判断してきた。同時に、ヴァイマル憲法139条は、形成裁量によって特徴付けられる内容形成義務と保護義務を基礎づけ、日曜日及び祝日保護の利益を国家が顧慮することを要求する。また、行政に対しては、法律の解釈指針となる。

このような一般的な理解に加えて、Morlok/Heinig は、ヴァイマル憲法139条について、それに対応する憲法上の利益が広範な広がりを保つことを指摘する。すなわち、労働の休みの実現による社会国家原理の具体化（基本法20条1項）、国家による宗教保護の刻印（基本法4条1項及び2項）、統一的な休みの日を確定することで得られる社会的シンクロによる家族の保護（基本法6条）、家族以外の社会的交流、とりわけ社会的結合の促進（基本法2条1項、8条、9条、21条）、自由な時間を自らの目的のために用いることによる人間の尊厳の確立（基本法1条1項）、さらに、文化国家の特別な保護や日曜日及び祝日保護の「立憲国家の文化的アイデンティティのメルクマール⁽¹²⁾」としての意義などが関係する⁽¹³⁾。この憲法上の利益の広がりを重視する

(10) Hans-D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 15.Aufl., 2018; Stefan Koriath, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter, GG, 83. EL. April 2018.

(11) ガレリア・カウフホフ事件及びその後の判例の経緯については、拙稿・前掲注（1）44頁以下。

(12) Häberle (Fn.2).

(13) Martin Morlok/Hans Michael Heinig, Feiertag! Freier Tag? Die Garantie des Sonn- und Feiertagsschutzes als subjektives Recht im Lichte des Art. 139 WRV, NVwZ 2001, S.847.

ならば、「日曜日及び祝日を祈り、再生、社会的繋がりの日として保護する」法律は、憲法上これらの利益維持に適っていなければならないことになる⁽¹⁴⁾。Morlok/Heinig は、閉店に関する規律の解釈についても、ヴァイマル憲法139条の目的に適合的でなければならないことを指摘する。

2-2 主観的権利としてのヴァイマル憲法139条

Morlok/Heinig は、グライフスヴァルト上級行政裁判所決定に基づいて、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性について肯定的に捉える。「憲法上保障された日曜日及び祝日保護を主観的権利の基礎とする革新的な再構築は、…第一に、事案から基礎付けられる必要性や、解釈変更を通じて対応せざるを得ない新たな世俗的な状況を前提としており、他方で、恣意性に対する批判を回避するためにドグマティク上の論拠に適合させることが求められる⁽¹⁵⁾」。

グライフスヴァルト上級行政裁判所は、本決定において、同じく制度的保障たる自治体の自治行政の保障（28条2項）、職業管理制度の保障（33条5項）を例に挙げ、それとは異なり、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性について議論されてこなかったことを指摘していた⁽¹⁶⁾。

Morlok/Heinig は、制度的保障から主観的権利を導くにあたって、権利の事物的内容、人的範囲、ドグマティク上の論拠の点から考察する。制度保障の下で、従来の法制度に基づいた核心領域が維持される（保持機能 *Konservierungsfunktion*）が、そこで保護されるべきは、基本法制定当時における「制度の目的と構造の特徴に合致した最低限度の状態」である。制度的保障といっても純粋に客観法的に理解するのはむしろ例外的で、憲法レベル以下の主観的権利を前提として

(14) Morlok/Heinig (Fn.13), S.847.

(15) Morlok/Heinig (Fn.13), S.848f.

(16) 例えば、「基本法33条5項は、基本権ないし基本権同様の権利を含むものではなく、…制度的保障を定めるものである」が、「連邦憲法裁判所は確立した判例において、通説に追従し、33条5項は憲法訴願で主張可能な官吏の主観的権利を含む」としてきた。ボード・ビエロート／ベルンハルト・シュリンク／トルステン・キングレーン／ラルフ・ポッシャー（永田秀樹・倉田原志・丸山敦裕訳）『現代ドイツ基本権〔第2版〕』（法律文化社、2019年）406頁。

おり、制度保障においては「主観的権利の基礎として理解される⁽¹⁷⁾」。「今日の制度保障理解においては、その主観的権利性は、特別な『基本権との近さ』に負わされており、基本権自体が制度保障として理解される場合には、このことが特に当てはまる」とされる⁽¹⁸⁾。あるいは、「主観的権利としての性格は、保障された制度の内容それ自体から導かれる」ことも根拠となりうることも指摘する。これはとりわけ職業官吏制度に該当する⁽¹⁹⁾。もう一つは、憲法訴訟上制度を主観化することがあり、基本権条項の他には、政党、機関争訟手続における参加者、自治体の憲法異議に基づいた地方自治行政を求める権利について、憲法訴訟上、制度の主観化が基礎付けられるとする⁽²⁰⁾。

このような制度的保障理解が、ヴァイマル憲法139条に及ぶか。ヴァイマル憲法139条を基本法140条に取り込んだ現行基本法は、主観的権利となりうる既存の法律上の諸規定に結びつけていると考えられる。連邦閉店法及び各州の開店法、労働時間法、営業令などはたしかに、それぞれ日曜日及び祝日を労働の休みの日として保障しているし、州の祝日法も、例えば主礼拝の時間帯に活動禁止をすることで宗教共同体に主観的権利を保障しているといえる。Morlok/Heinig は、これらの規定について⁽²¹⁾、「主観的権利を伴う憲法より下位の諸規定は、ヴァイマル憲法139条の核心領域に附属するものとして理解される」こ

(17) Morlok/Heinig (Fn.13), S.849.

(18) Morlok/Heinig (Fn.13), S.849は、「基本権援助及び実効化機能の観点から、例えば、所有と相続法（基本法14条1項）、婚姻と家族（6条1項）、宗教授業の保障（7条3項）及び私立学校の保障（7条4項）又は国籍（16条）は、各制度それ自体の主観的権利として保護された保障として理解される」と例示している。

(19) Morlok/Heinig (Fn.13), S.849 は、Heinrich de Wall, Die Einrichtungsgarantien des Grundrechts als Grundlagen Subjektiver Rechte, Der Staat 38, S.386を引用し、次のことを指摘する。すなわち、「憲法が保護しようとする既存の規範状態が、国家に対する主観的権利によって刻印される場合には、その限りにおいて、この主観的権利は、制度の憲法上の保護にも関わっており、保護された権利主体に対して、憲法異議申立て可能な地位を与える。ここでは、制度保障は、主観的権利の基礎になるのではなく、主観的権利が制度保障の持ち主となるのである。」

(20) Morlok/Heinig (Fn.13), S.850.

(21) 念のためではあるが、Morlok/Heinig (Fn.13) の発表当時はまだ州の開店法は制定されていないことに触れておく。

とを指摘し、「日曜日及び祝日に関する法律上の諸規定を憲法に含むこと、すなわち国家に対して、労働の休みやその他の活動禁止に関する第三者保護的な日曜日及び祝日に関する諸規定の一定の現状を予定し、国家の活動の枠内で包括的にヴァイマル憲法139条の目的を尊重する義務付けを、主観的権利として読むことが、解釈として結論付けられよう」としている⁽²²⁾。

加えて、ヴァイマル憲法139条の基本権実効化機能によって、このことはさらに強化されることになる。アドヴェント日曜日事件連邦憲法裁判所判決でも、日曜日及び祝日保護が様々な基本権規定と関連することについて言及されていた。Morlok/Heinig もまた、一同判決より以前に—基本法4条、2条2項、6条、8条、9条、20条1項と結びついた1条1項、28条1項などとの関連性を指摘していた⁽²³⁾。これらの基本権上保護された個人の利益保護に繋がるならば、保護規範論と同様に、主観的権利性を根拠付けることに至る。ヴァイマル憲法139条における「労働の休み及び精神的 high」 という文言自体が、広く公共の利益のためではなく、具体的な個々人に向けられており、とりわけ「精神」について触れていることは、「個人の個性、人格、特別性といった文化的な構造と密接に結びついている」ことにも指摘される⁽²⁴⁾。定期的な社会生活のテンポは、私的領域における家族や社会活動を可能にし（基本法6条、8条、9条）、健康に資し（2条2項）、宗教活動を促進する（4条1項及び2項）ことを踏まえても、ヴァイマル憲法139条の保護目的は、公共の利益というよりも、個人の人格を前面に押し出していると Morlok/Heinig は評価する。このように考えれば、ヴァイマル憲法139条を、主観的権利それ自体とは捉えないものの、公共の利益が刻印された目的規定とは一線を画するものであると捉えることも可能であろう。

(22) Morlok/Heinig (Fn.13), S.850.

(23) Vgl. Mosbacher (Fn.2), S.339ff. なお、日曜日及び祝日と他の基本権の関連について、Christian Hufen, Der Ausgleich verfassungsrechtlich geschützter Interesse bei der Ausgestaltung des Sonn- und Feiertagsschutz, 2014, S. 159ff も参照。

(24) Morlok/Heinig (Fn.13), S.850.

このようにしてヴァイマル憲法139条から主観的権利が導かれるとして、その主体についてはどのように考えるか。Morlok/Heinig は、ヴァイマル憲法139条の背後にある基本権についても、他の基本権と同様、あらゆる自然人に保護されるすべての人の権利（Jedermann-Recht）であるとしている。これに加えて、上でみた判例の異議申立人たる教会や宗教共同体、あるいは労働組合や日曜日や祝日に活動する社会的団体はどうか。ヴァイマル憲法139条の規定自体は、宗教あるいは世界観的に中立的なものであるため、たとえ教会による文化的影響力があると説いたとしても、同条自体に規範的な基礎付けを見出すことはできないが、とはいえ、教会が、制度保障の担い手であることを重視するならば、労働組合や他の社会的組織とは異なって、「教会及び宗教共同体については、ヴァイマル憲法139条の本質的な適用可能性が考慮される⁽²⁵⁾」。

Morlok/Heinig はこのように認められた主観的権利について、制度的保障の核心領域の内容形成・保護義務についても認められるものであり、「国家は、一方で、例えば法律によってすべての祝日または週7日制を廃止したり、労働の休みと労働の原則例外関係をひっくり返したりするような核心領域を侵害することが禁止され」、「ヴァイマル憲法139条は、変更が認められない制度の革新に対して国家が介入することから防御することの請求権を構成する」と結論付ける⁽²⁶⁾。加えて、立法者は、現実に即した実効的な内容形成を義務付けられており、この立法裁量はヴァイマル憲法139条の目的によって限界付けられている。その限りにおいて、同規定は、「日曜日及び祝日の制度を国家が形成し保護すること求める請求権を保障している」ことも加える。これによって、日曜日及び祝日保護を危殆化する第三者の行為に対して措置を講じることが、国家の義務として課される。これはいわゆる保護義務であるが、それではどのような手段でこの保護がなされなければならないかまではヴァイマル憲法139条から直接導かれるわけではない。当然、立法者には広範な形成裁量を与えられ

(25) Morlok/Heinig (Fn.13), S.851.

(26) Morlok/Heinig (Fn.13), S.851.

るが、他方で、裁判所による統制が不可能というわけでもない。さらに、Morlok/Heinig は、ヴァイマル憲法139条に、立法者の内容形成・保護義務の基準だけでなく、行政に対する法律への拘束基準としての作用も認める。したがって、「主観的権利としてのヴァイマル憲法139条は、憲法上の日曜日及び祝日保護の解釈と適用の場面で、具体化された規範について行政による無瑕疵裁量請求権に至る」としている⁽²⁷⁾。

Morlok/Heinig が認めるヴァイマル憲法139条から導かれる主観的権利は、その主体は（一応の）限定はされているものの、他の基本権規定との関連を認めていることを踏まえると、相当に広がる可能性がある。これはグライフスヴァルト上級行政裁判所決定の論理にも沿っているといえるし、さらにそこから主観的権利の拡張を試みているともいえる。

反対に、アドヴェント日曜日事件判決の論理をみても、Morlok/Heinig が説くようなところまで主観的権利性を認めているとはやはりいえない。上でもみたように、連邦憲法裁判所は、憲法異議の許容性判断において、「本件では、基本権保護の具体化と強化の意味で、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条の客観法上の保護が、基本法4条1項及び2項の基本権に対して与える作用の問題が当てはまる」として、「基本法140条自体は基本権としての性質を有しているとは捉えられていないことは示されてきたが、基本法4条1項及び2項や他の基本権と協働してヴァイマル憲法139条が、日曜日及び祝日保護の実現を可能かどうか、またそれはどの程度か」を検討しているに過ぎず、ストレートにヴァイマル憲法139条の主観的権利性を認めているわけではない。そこでは権利侵害についてはあくまでも基本法4条1項及び2項が主題とされ

(27) Morlok/Heinig (Fn.13) と同様に主観的権利の導出に肯定的な Mosbacher (Fn.2), S.327ff., S.397 は、この権利の内容として「国家に対して、日曜日及び祝日の保障の核心部分に対する介入を禁止することを国家に対して求める請求権」や、日曜日条項の周縁領域に対する比例的でなく侵害する措置に対する権利」を認めるほか、閉店法の日曜日規定に対する侵害がヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条に対する侵害となることや、ヴァイマル憲法139条の内容形成に関する法律に対する侵害は、その周辺領域に対する介入であることを認めている。

ているのであり、「ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条における日曜日及び祝日の保護を、同時にとりわけ基本法4条1項及び2項から導かれた基本権保護義務を分野特有の具体化する意味で捉え、それと同時に、そのようにして日曜日及び祝日保護と結びついた個々の基本権を異議申立可能にした」のである⁽²⁸⁾。

2-3 ヴァイマル憲法139条の主観的権利性に対する批判

Dietlein は、この Morlok/Heinig が説く主観的権利性を批判的に検討する⁽²⁹⁾。Morlok/Heinig がヴァイマル憲法139条に見出した主観的権利性は、これまで Dietlein が説いてきた保護義務との関連する保護請求権のそれに近いともいえるように思われる⁽³⁰⁾が、ヴァイマル憲法139条から直接的に主観的権利を導出することには消極的である。

Dietlein は、アドヴェント日曜日事件における連邦憲法裁判所判決について問題点を以下のように指摘する。Morlok/Heinig とは異なり、同判決において連邦憲法裁判所は、ヴァイマル憲法139条から直接的に主観的権利を導くことをしなかったけれども、しかしながら、「ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条から導かれた日曜日及び祝日保護の包括的な主観化に辿り着く⁽³¹⁾」。たしかに、連邦憲法裁判所の論理は、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性について慎重に排除しているように読めるが、個人の憲法異議手続を可能にし、それと同時に連邦憲法裁判所は当該異議申立ての主張内容に対して判断をすることができるようになることは間違いない。

また、同判決はあくまでも保護義務違反を中心として扱っているが、それについても問題があることを Dietlein は指摘する。すなわち、保護義務を実現するに

(28) Johannes Dietlein, Grundrecht auf Sonntagsruhe?, in: Julian Krüper (Hrsg.), Die Organisation des Verfassungsstaats, Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag, 2019, S.126.

(29) Dietlein (Fn.2).

(30) Johannes Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., 2005.

(31) Dietlein (Fn.28), S.127.

あたっては立法府に対して広範な裁量が求められ、さらにその裁量の統制にあたっては、過少保護の禁止原則、過剰侵害の禁止原則が認められてきたが、アドヴェント日曜日判決は、日曜日及び祝日の休みと日曜日の労働の関係を一従来判例⁽³²⁾に則り―「原則例外関係 (Regel-Ausnahme-Verhältnis)」と捉え、例外が「より高いまたは同等の法益」によってのみ正当化されるとしている。Dietleinは、これについて、過少保護の禁止原則が「最適化要請 (Optimierungsgebot)」あるいは「事実上、最大限保護 (Maximalschutz)」に転換し、「基本権上基礎付けられた日曜日及び祝日保護の可能な限り『最適』実現」が求められるようになってきていることを指摘する⁽³³⁾。これによって、連邦憲法裁判所は、ドグマーティクとして、保護義務モデルから基本権侵害正当化モデルに移行させ、日曜日及び祝日の休みの例外を導入する場合には、もはや重要な公共の利益が必要とされることになった。保護義務論が、国家の介入からの防禦ではなく、第三者による基本権侵害からの保護を対象としてきたことを考えると、このような思考の転換は、もはや保護義務には適さないと Dietlein は指摘する。

さらに、主観的権利の主体についても問題があることを指摘する。アドヴェント日曜日の開店が、異議申立人の権利侵害に繋がるとするならば、もはや集団訴訟のように異議申立権者が無限に広がる可能性が認められることにもなる。これについて保護義務論の思考に基づけば、例えば日曜日における第三者の活動が侵害となり、被侵害者の宗教活動や宗教生活が脅かされることが認められることになる。まさに Morlok/Heinig は、この点を踏まえて、他の社会的団体とは異なり「少なくとも」教会及び宗教共同体の主観的権利の主体性を認めるとしたのである。これに対して、Dietlein は、被侵害者には第三者から生活観や生活スタイルについて被害を受けないことを求める権利までは保障されていないことを指摘する。第三者には第三者の日曜日における活動の自由が、同様に基本権上認められているからである⁽³⁴⁾。

(32) 連邦憲法裁判所判例における「原則例外関係」の展開については、拙稿(1) 49頁以下を参照。

(33) Dietlein (Fn.28), S.127ff.

Morlok/Heinig が、連邦閉店法、各州の開店法、労働時間法や営業令など、法律上の規定によって日曜日及び祝日保護が規律されていることを踏まえて、ヴァイマル憲法139条の保持機能を通じて、それらによって構成された日曜日及び祝日の保護が侵害されていることをもって主観的権利性を認めるのに対して、Dietlein は、それが方法論的にも、また基本法の体系上も問題がある旨指摘する⁽³⁵⁾。たしかにこの論理では、基本法上の主観的権利の決定が法律によって先んじて決定されることが一般的になりうる。また、Morlok/Heinig が、他の基本権との関連性で、ヴァイマル憲法139条に基本権実効化機能（grundrechtseffektivierende Funktion）をもって主観的権利の論拠とするのに対しても、Dietlein は、憲法異議手続について規定した基本法93条1項4a号において、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条は挙げられていないことを踏まえても、基本法体系に反することを指摘する。

制度的保障と主観的権利の関係についても、法律に依存するものの、制度的保障から主観的公権が導かれうる可能性自体は排除されない。それも基本法第1章に挙げられる基本権からであれば妥当であるとしても、ヴァイマル憲法139条と結びついた基本法140条に当てはまるわけではない⁽³⁶⁾。例えば、基本法33条5項における職業官吏制度の主観的権利性については上でも確認したところであるが⁽³⁷⁾、これもまた基本法93条1項4a号には基本法33条5項が含まれている点を踏まえても、これを日曜日及び祝日保護にそのまま転用できるわけではない。制度的保障には内容形成が必要であるが、その内容形成をもって、

(34) さらに、雇用者と被用者との関係でも、主観的権利侵害が生じることは決定的ではないと指摘する。2006年以降も、日曜日及び祝日に関わる規律権限が州にのみ帰属するわけではない。経済法としては連邦の競合的立法権限から但書として外されているものの（基本法74条1項11号）、労働法との関係では連邦法の効力はいまなお維持されている（基本法74条1項12号）。Dietlein (Fn.28), S.128は、民法典275条3項、303条、315条3項、児童保護法1条2項、労働時間法9条以下の諸規定に基づいて、労働契約締結に際して、個人の宗教の自由を考慮に入れることを踏まえると、保護義務論によって必要とされる最低限の基準を満たしているといえる。

(35) Dietlein (Fn.28), S.136.

(36) Dietlein (Fn.28), S.137.

(37) Vgl. Jarass/ Pieroth (Fn.10), Art.33 Rn.45.

一般的に主観化することには限界があると Dietlein は批判する⁽³⁸⁾。

保護規範論に基づいたヴァイマル憲法139条の主観的権利性の可能性についても Dietlein は批判的である。同条は、個人の権利利益保護に向けられているのか、社会全体のシンクロという公共の利益に向いているのか。前者を認めることができたとしても、それによって保護されている者の範囲が限定されていなければ、だれでも権利主張できることになりかねない。Dietlein は、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性を認める裏側で、「だれでも一般的な規範執行請求権 (Normvollzugsanspruch) が認められる」ことになり、これを正当化することはおよそ困難であると批判する⁽³⁹⁾。各個人を「公共の利益の代理人」にしてしまうことは妥当とはいえない。そして、ヴァイマル憲法139条に個人の権利利益保護の性質を認めないことは、決して個人の法的地位を貶める者ではなく、あくまでも基本法の枠的性格を考慮に入れたことであり、憲法上予め画定ができない限りにおいて、「主観的権利の種類と範囲の決定は、立法者の事柄である」とする⁽⁴⁰⁾。

2-4 評価

Morlok/Heinig のように、ヴァイマル憲法139条から主観的権利を導く、すなわち「日曜日基本権 (Sonntagsgrundrecht)」を認める見解は少数ながらみられる⁽⁴¹⁾。しかし、通説は、制度的保障であることを理由に消極的な立場である⁽⁴²⁾。

主観的権利性を認めるにあたっては、論者によってそれぞれアプローチは異

(38) Dietlein (Fn.28), S.137.

(39) Dietlein (Fn.28), S.139.

(40) Dietlein (Fn.28), S.139.

(41) 例えば、Wolfgang Mosbacher (Fn.2), S.322f.; Peter Unruh, Die Kirchen und der Sonntagsschutz zur Ladenöffnung an kirchlich besonders bedeutsamen Sonntagen, ZevKR 52 (2006), S.1ff. など。

(42) ただし、Mosbacher (Fn.2), S.540も指摘するように、少なくともアドヴェント日曜日事件以前の学説状況をみても、それらはヴァイマル憲法139条と結びついた基本法4条からの導出について言及するものばかりではない。

なるものの、保護規範論を踏まえて、ヴァイマル憲法139条の解釈を行うのは定石である。保護規範論によれば、「①国家に対して一定の行為を義務付ける客観法規範が問題となっており、②少なくとも個人の利益を保護することも目的としており、かつ③保護される者の範囲が明確に画定しうる」場合には、当該法規範に主観的権利が含まれると結論付けられる⁽⁴³⁾。ヴァイマル憲法139条の文言について解釈し、判断をしていくほかない。

例えば、Mosbacher も、「労働の休み」と「精神的の高揚」について、それも前者についてはさらに「個人の労働の休み」と「集団の労働の休み」を区分して、歴史的、目的論的解釈をした上で、「ヴァイマル憲法139条の保護目的は、最終的に、個人の利益にも資する。というのは、労働の休みも精神的の高揚も、公共のみならず個人にも同時に関連させているからである」と結論付ける⁽⁴⁴⁾。これに対して、Westphal も同様の手法で考察した上で、消極説の立場から「当該規範は、超個人的性格を有しており、個人の利益の保護のためには規定されていない」と結論付ける⁽⁴⁵⁾。

また、保護規範論のみならず、他の基本権規定との関連的保障あるいは基本権実効化機能によるヴァイマル憲法の主観的権利性の可能性についても学説は分かれるところである。どちらの点からみても、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性に対して積極的な立場に立つことで、主体や権利内容について相当に広く考えることになる。基本法140条がヴァイマル憲法139条を基本法に組み込んでいるのであるから、主観的権利はあくまで基本法上のものであり、拡張させた権利主体・内容に制限をかけることは負担が少なくない。これに対して、Dietlein のように、主観的権利の種類と範囲を立法府の判断に委ねるのは穏当な結論に思われる。

連邦憲法裁判所がアドヴェント日曜日事件において主観的権利性を些かアクロバティックに認めたことは、同判決内の対立状況をみても議論を呼ぶところ

(43) Mosbacher (Fn.2), S.299.

(44) Mosbacher (Fn.2), S.312, 322.

(45) Westphal (Fn.2), S.153.

であるが、しかし、あくまでもヴァイマル憲法139条から直接的に主観的権利を導くことはせず、基本法4条1項及び2項との関連でのみ、憲法異議における権利侵害の可能性を認めたに過ぎないことは改めて確認しておかなければならない。ヴァイマル憲法139条の「労働の休み」と「精神的高揚」が、他の基本権規定と関連して利益保護をしているという視点は、ドイツの日曜日及び祝日の文化的・社会的・経済的な評価を理解する上でも重要なものである。日曜日及び祝日が、単なる労働の休みにとどまらず、精神的高揚をもたらす条件として重要であることは、翻って考えれば、その日曜日及び祝日の労働や活動を認める法改正は、文化・社会・経済全体に対する影響であり、当事者が際限なく広がる可能性にも繋がる。ヴァイマル憲法139条のその守備範囲の広さは、主観的権利を導出しやすくするよりもかえってひとたび主観的権利を認めることによる影響が大きすぎるものが懸念される。

他方で、グライフスヴァルト上級行政裁判所決定は、国家と教会の協約に基づいた判断でもあるため、—Morlok/Heinig も説くように「少なくとも」教会又は宗教共同体についてのみ権利主体として認めるという限定的な論法はありうるが—そこから一般的にヴァイマル憲法139条の主観的権利性にまで議論を広げることは難しいであろう⁽⁴⁶⁾。

おわりに

以上、ヴァイマル憲法139条の主観的権利性について、連邦憲法裁判所判決、グライフスヴァルト上級行政裁判所決定をきっかけに、学説の対立について整理し、考察してきた。この主観的権利性に関する考察は、その手法において基本権の保護請求権のそれと同じである。とはいえ、一般的に基本権の保護請求権を認めることと、ヴァイマル憲法139条に基づいて主観的権利を導くことは別である。

(46) 本稿では協約と主観的権利性について十分に言及することはできなかったが、ここでは Westphal (Fn.2), S.171 ff. を挙げておく。

上でも述べたように、日曜日及び祝日保護に関する規律は、連邦の競合的立法権限から移行された今日においても問題は残されている。あるいは、各州の事情に応じた規律が可能であることを考えると、社会状況の変化に伴い、—ベルリン州のように一場合によっては大きな改正の可能性も残されている。さらには、労働時間法等の労働法上の規律との競合関係については問題を残している。第一次連邦制改革から十数年経った今なお、連邦法が規制を強化することで生じる軋轢は他の分野でも生じている⁽⁴⁷⁾。

このように考えると、州の開店法が改正されるだけで、相当に広い範囲で主観的権利性が認められる可能性というのは、実践的に大きな意味を持ちうる。本稿で扱った事件はいずれも異議申立人が教会又は宗教共同体であるが、連邦憲法裁判所による他の基本権規定との関連的保障によれば、他の異議申立人による権利侵害の可能性も残されている。権利主体を限定することは可能であろうが、それでは関連的保障を認めることの意味は大きく損なわれることにもなりかねない。連邦憲法裁判所の判断としては、5対3のギリギリで憲法異議の許容性を認めたアドヴェント日曜日事件しか材料がないことを考えれば、いまなお「日曜日基本権」を認めたと評価するのは早計に過ぎよう。

法律上の規律がヴァイマル憲法139条の制度的保障の核心に含まれるかについて争いがあることは上でもみた通りだが、それと関連して連邦の競合的立法権限である経済法や労働法上の規制と州法との関係について検討する必要も残されている。これについては今後の課題としたい。

—たけち しゅうさく・東洋大学法学部准教授—

(47) その一例として、2006年の第一次連邦制改革に基づいて、連邦の競合的立法権限から除外された「ゲームセンター法」の分野が挙げられる。これによって州には、ゲームセンターの営業許可、建築許可、立地について定める権限があるが、他方で、連邦には「経済法」の権限は残されている。これに対応して、カジノ法、ゲームセンター法、賭博州際協定については州が、営業令やゲーム機令については連邦が制定している。Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 07. März 2017 – 1 BvR 1314/12 – BVerfGE 145, 20.